

DIGNIDADE HUMANA: GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL X RESERVA DO POSSÍVEL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

HUMAN DIGNITY: GUARANTEE OF MINIMUM EXISTENTIAL X POSSIBLE RESERVE IN THE BRAZILIAN CARCERARY SYSTEM

Alessandra Franke Steffens ¹

Cristhian Magnus de Marco ²

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso. Para tanto, utilizar-se-á pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, com viés dedutivo, dedicando-se aos problemas analítico-conceituais da dignidade humana, da garantia do mínimo existencial e da proteção deste direito fundamental no sistema carcerário brasileiro. Inicialmente, serão analisadas as dimensões e o conceito da dignidade humana, seu valor como núcleo fundamental dos direitos humanos, diferenciando estes dos direitos fundamentais, finalizando com as acepções das dimensões dos destes direitos, destacando os direitos prestacionais sociais. Posteriormente, será analisada a garantia do mínimo existencial e da reserva do possível como sua limitação. Por fim, será verificado o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, partindo-se da premissa da dignidade como princípio unificador do sistema, da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, finalizando com a análise da possibilidade da aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

Palavras-chave: Dignidade humana; mínimo existencial; reserva do possível; sistema penitenciário.

ABSTRACT: This article aims to analyze the fundamental precept of human dignity in the Brazilian Federal Constitution, establishing the criteria for recognizing the guarantee of the existential minimum in the treatment of prisoners, as well as the possibility of claiming the principle of reserving the possible in this case. For this purpose, descriptive-explanatory research of the documentary-bibliographic type, with deductive bias, will be used, dedicating itself to the analytical-conceptual problems of human dignity, guaranteeing the existential minimum and protecting this fundamental right in the Brazilian prison system. Initially, the dimensions and the concept of human dignity will be analyzed, their value as the fundamental nucleus of human rights, differentiating them from fundamental rights, ending with the meanings of these rights, highlighting the direct social benefits. Subsequently, the guarantee of the existential minimum and the reserve of the possible as its limitation will be analyzed. Finally, it will be verified the noncompliance with the fundamental precept of human dignity in the Brazilian penitentiary system, starting from the premise of dignity as a unifying principle of the system, of guaranteeing the existential minimum in the treatment of prisoners, ending with the analysis of the possibility of the applicability of reserve for the allocation of these social benefit entitlements.

Keywords: Human dignity; minimum existential; reservation of the possible; penitentiary system.

¹ Mestranda em Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC. Professora de Direito na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). E-mail: alessandra.steffens@unoesc.edu.br.

² Doutor em Direito pela PUC/RS. Professor e pesquisador do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), Chapecó/SC. E-mail: cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisará o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

O tema justifica-se pelo fato do sistema penitenciário brasileiro não efetivar as condições existenciais mínimas aos sujeitos encarcerados, violando claramente o princípio unificador do sistema, qual seja, a dignidade humana. Além disso, o Estado invoca a reserva do possível, argumentando que a efetivação dos direitos prestacionais dos presos não ocorre devido à necessidade de dispêndio financeiro e da suposta falta de recursos para tanto, justificando a afetação da concretização destes direitos, suscitando se tal argumentação é possível.

Para tanto, inicialmente, serão analisadas as dimensões e do conceito da dignidade humana, seu valor como núcleo fundamental dos direitos humanos, diferenciando estes dos direitos fundamentais. Posteriormente, serão verificadas as acepções sobre os direitos fundamentais e suas dimensões/gerações, destacando os direitos prestacionais sociais, ou seja, os direitos fundamentais de segunda geração, essenciais para estabelecer os critérios da garantia do mínimo existencial.

Será aferida, então, a garantia do mínimo existencial, seus critérios e aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro, bem como a alegação da reserva do possível como limitador deste direito prestacional.

Por fim, será verificado o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana como princípio unificador do sistema e os limites que traçam a garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, finalizando com a análise da possibilidade da aplicabilidade da reserva do possível na afetação destes direitos prestacionais sociais.

2 DAS DIMENSÕES DA DIGNIDADE HUMANA

A existência de um conjunto de direitos que permitam às pessoas gozarem de uma vida digna é um dos valores nucleares dos direitos humanos. Assim, estabelecer as dimensões da dignidade humana é uma forma de estabelecer uma compreensão suficientemente abrangente e operacional desta para a ordem jurídica (SARLET, 2005, p. 18).

No intuito de esclarecer as premissas iniciais, é importante salientar que Sarlet (2005, p.18) considera dimensões da dignidade da pessoa humana a complexidade da própria pessoa e do meio no qual desenvolve sua personalidade. Em outras palavras, em vista da heterogeneidade e da riqueza da vida, pode-se chegar a um núcleo de direitos essenciais, os quais compõem a dignidade da pessoa humana.

Para lograr êxito na elaboração de uma compreensão abrangente e operacional de dignidade humana, Sarlet (2005, p.18) propõe a divisão das dimensões da dignidade em ontológica, comunicativa e cultural.

Inicia com a dimensão ontológica, segundo a qual a dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável e qualifica o ser; pode ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não pode ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada indivíduo como algo que lhe é inerente. Todos são iguais em dignidade (porque dotados de razão e consciência), ainda que não se portem de forma igualmente digna. Por todo exposto, entende-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana é a autonomia e a autodeterminação (SARLET, 2005, p.19).

Em seguida, passa-se para a dimensão comunicativa e relacional, na qual se estuda a situação do ser humano com os demais, traçando uma visão instrumental fundada na ideia de igual dignidade para todas as pessoas, o que implica numa obrigação geral de respeito pela pessoa, por intermédio de deveres e direitos correlativos (SARLET, 2005, p.23).

Sarlet (2005, p. 27) prossegue afirmando que a dignidade está em processo de construção, pois reclama constante concretização e delimitação pela práxis constitucional. Percebe também a existência de uma dimensão cultural da dignidade. Diante das premissas, chega-se à conclusão que dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Segundo Sarlet (2005, p.32),

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.

A partir do exposto, sustenta o autor que a dignidade possui uma dimensão dúplice que se manifesta na autonomia da pessoa humana e na necessidade de sua proteção (comunidade e Estado), inclusive que a dimensão assistencial pode prevalecer como no caso de faltar condições para decisões responsáveis por parte do sujeito (SARLET, 2005, p. 30).

Verifica-se assim que dignidade humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2005, p. 37).

Partindo-se do acima explicitado, a dignidade humana pode ser concebida como o núcleo dos direitos humanos, decorrente da razão, inerente aos seres humanos e que os qualifica como tal. Dessa maneira, a dignidade humana deve ser concebida em duas dimensões: uma básica, na qual os valores mínimos e fundamentais para a existência humana estão inseridos, portanto, universais; uma cultural que é formada por influências históricas que se ampliam com o objetivo de concretizar condições que possam facilitar o completo exercício da dignidade da pessoa humana em dado momento histórico (BAEZ, 2010, p. 26).

Assim, direitos humanos são um conjunto de valores éticos que tem por objetivo a proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja,

Os direitos humanos que têm por base a dignidade humana na sua dimensão básica são universais, nesse nível de atuação, pois constituem um conjunto de normas que impedem a redução do indivíduo à condição de objeto ou, ainda, a diminuição do seu status como sujeito de direitos. Nesse patamar de atuação tem-se, por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, entre outros, pois materializam formas de preservação do ser humanos como fim em si mesmo. Por outro lado, ou direitos humanos vêm sendo reconhecidos e implementados lentamente, ao longo da história, como forma de realização da dignidade humana, na sua dimensão cultural, são aplicados e desenvolvido de forma assimétrica de acordo com as peculiaridades culturais de cada grupo, considerando os valores morais por eles elegidos para reger sua convivência social (BAEZ, 2010, p. 28-29).

Contudo, foi na Declaração Universal que a concepção atual de direitos humanos e, pela primeira vez, acolheu a dignidade da pessoa humana como centro orientativo dos direitos (PIOVESAN, 2003, p. 216) e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores.

Verifica-se assim, da análise das premissas acima apresentado, que a tarefa dos direitos

fundamentais, como agentes de realização dos direitos humanos, é de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional dos países que os recepcionam, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade humana em todas as suas dimensões (BAEZ, 2010, p. 29).

Segundo Sarlet (2015, p. 29):

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humanos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivado de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação soa documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Direitos fundamentais, então, podem ser conceituados como

[...] o corolário dos direitos humanos, já que incorporam os valores éticos destes últimos, aos ordenamentos jurídicos dos Estados, funcionando como instrumentos de efetividade e garantia de concretização de uma vida digna aos indivíduos que estão sob a égide deste ente público (BAEZ, 2010, p. 22).

No que tange a perspectiva histórica dos direitos fundamentais ocorre uma fusão desta com o surgimento do Estado constitucional, “[...] cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 36). Assim, a limitação do poder do Estado se dá diante da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente das revoluções burguesas que transpuseram o Estado Absolutista.

Assim, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações no que diz respeito ao seu conteúdo, sua titularidade, eficácia e efetivação, surgindo assim as denominadas gerações ou dimensões desses direitos.

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos negativos, ou seja, aqueles que negam ao Estado a interferência nos direitos individuais. Caracterizam-se, dessa forma, pela submissão do Estado a uma Constituição e pelas funções estatais não concentradas, pela separação dos Poderes. São direitos de primeira geração o direito à vida, liberdade, propriedade e a igualdade formal.

Sarlet (2015, p. 46) aponta que são direitos de cunho individualista, são direitos do indivíduo frente ao Estado, ou seja, direitos de defesa que demarcam a intervenção do Estado na autonomia individual, apresentando-se como direitos de cunho negativo.

Os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de direitos sociais ou positivos, surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos, pois o Estado passa a assegurar/fornecer direitos básicos mínimos como educação, saúde e direitos fundamentais trabalhistas.

Dessa forma, tratam-se dos direitos de participar do bem-estar social, não se trata de liberdade do indivíduo perante o Estado, mas sim de liberdade por meio do Estado, das denominadas liberdades materiais concretas. (SARLET, 2015, p. 48).

A terceira geração de direitos fundamentais, por sua vez, nasce da constatação de que a tecnologia poderia extinguir o planeta necessitando-se, assim, de direitos coletivos para a proteção dos povos, daí a sua denominação de direitos de solidariedade ou de fraternidade. São direitos humanos universais positivos, universais, pois se destina a todos e positivos, porque representam que a mera

proclamação dos direitos está superada, sendo que estes devem ser efetivamente protegidos, garantidos contra qualquer agressor, mesmo que o agressor seja o Estado. São também transindividuais na medida que protegem grupos de seres humanos (família, povo e nação). Os direitos de solidariedade são, então, o direito ao ambiente e à qualidade de vida, bem como os direitos de informática, de intimidade e de privacidade.

Sobre esta geração de direitos, Sarlet (2015, p. 49), destaca que trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, consequentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se na verdade do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências.

Os direitos de quarta geração referem-se ao direito contra a manipulação genética, direito de morrer com dignidade e direito à mudança de sexo, todos pensados para o solucionar de conflitos jurídicos inéditos, novos, frutos da sociedade contemporânea (SARLET, 2015, p. 51). Contudo, Bona-vides (2010, p. 571), entende que a quarta geração de direitos identificar-se-ia com a universalização de direitos fundamentais já existentes, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, ou seja, institucionalização do Estado Social.

Por fim, os direitos fundamentais de quinta geração são o direito à paz, como condição indispensável ao progresso das nações, do reconhecimento universal da paz como pressuposto qualitativo da convivência humana e como elemento de conservação da espécie (BONAVIDES, 2010, p. 580).

Verifica-se assim, que as dimensões acima marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, revelando que estes representam uma categoria materialmente aberta e mutável, pois em que pese a uniformidade e permanência de direitos tradicionais, estes estão sendo revitalizados em virtude das novas formas de agressão aos valores tradicionais como liberdade, igualdade e dignidade humana (SARLET, 2015, p.53).

Nesse contexto, esses direitos, quando constitucionalizados, passam a representar valores morais do estado no qual estão inseridos, sem, contudo, perderem seu caráter universal, como valores éticos que buscam efetivar a dignidade humana em suas dimensões.

Dessa maneira, o elemento nuclear dos direitos constitucionais positivados é a realização da dignidade humana, não a sua concessão. O que eles fazem é apenas o reconhecimento da dignidade como dado essencial da construção do universo jurídico. Enquanto princípio constitucional, a dignidade permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, porém seu significado é muito mais amplo que a conceituação jurídica que venha a ser adotada. A dignidade prevalece como condição da essência humana, ainda que um dado sistema jurídico não a conceba (SARLET, 2007, p. 98).

3 DA DIGNIDADE HUMANA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal vigente trilhou caminhos similares a outras ordens constitucionais ao outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que integram aquilo que se denomina de núcleo essencial da Constituição.

Assim, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, não foi incluída no rol de direitos e garantias fundamentais, pois foi elevada à condição de princípio e valor

fundamental, ou seja, encontra-se no epicentro da ordem jurídica brasileira tendo em vista que concebe a valorização da pessoa humana como sendo razão fundamental para a estrutura de organização do Estado e para as normas definidoras de direitos e garantias, bem como de deveres fundamentais. Segundo Sarlet (2015, p. 99):

Com o reconhecimento expresso, no título de princípios fundamentais, da dignidade humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o Constituinte de 1987/88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Segundo Barroso (2010, p. 11), a dignidade humana é um valor fundamental que se converteu em princípio jurídico de estatuto constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Assim, a identificação da dignidade humana como um princípio fundamental produz consequências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional, de modo que estabelecer o que é um princípio, diferenciando-o das regras é indispensável para estruturar a aplicabilidade dos direitos fundamentais.

A distinção, assim, se baseia na aplicabilidade, no grau de generalidade e na diferença qualitativa destas normas. Princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser aplicados ao máximo dentro das possibilidades que o caso concreto e o conteúdo normativo permitir. Este tipo de norma possui um grau de generalidade maior, por ser usado como ponto cardeal a ser seguido com o cumprimento das regras. A característica principal das regras é que elas possuem determinações. Este tipo de norma deve ser aplicada ao seu esgotamento, sem flexibilização ou ponderação. São menos genéricas que os princípios, justamente por serem oriundas destes (ALEXY, 2011, p. 90).

Assim, para Alexy (2011, p.90-91), princípios são mandamentos de otimização decorrentes do fato de eles serem normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pelos princípios e regras em oposição. As regras, por sua vez, são mandamentos definitivos, que só podem ser cumpridos ou não, de forma que, se forem válidas, devem ser cumpridas exatamente como exigido.

Sendo assim, para Sarlet (2007, p. 74),

[...] a dignidade humana atua, portanto como mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existente, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.

A sistematização da eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, se estabelece em três planos: direta, interpretativa e negativa. Pela eficácia direta, um princípio incide sobre a realidade à semelhança de uma regra. Embora tenha por traço característico a vagueza, todo princípio terá um núcleo, do qual se poderá extrair um comando concreto. A eficácia interpretativa significa que os valores e fins abrigados pelo princípio condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral. A dignidade, assim, será critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que envolvam ponderação, como na precedência do mínimo existencial *prima facie* diante de outros. A eficácia negativa, por fim, implica na paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que seja incompatível com o princípio da dignidade humana, podendo resultar a declaração de inconstitucionalidade do ato, seja em ação direta ou em controle incidental (BARROSO, 2010, p. 13).

Impõe-se assim reconhecer a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade humana, pois serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não só dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo ordenamento jurídico (SARLET, 2007, p. 95).

Sarlet (2007, p. 87), conclui que:

Em suma, o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

Nesta ótica, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial e a sua violação, aviltando a dignidade humana.

4 DA DIMENSÃO EFICACIAL DA DIGNIDADE HUMANA

No que tange a eficácia do princípio da dignidade humana, resta evidente que ele impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos.

Segundo Sarlet (2007, p.113-114),

Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos. Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio.

Barroso (2017, p.9), por sua vez, susta que

O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos. Os direitos fundamentais incluem: a) a liberdade, isto é, a autonomia da vontade, o direito de cada um eleger seus projetos existenciais; b) a igualdade, que é o direito de ser tratado com a mesma dignidade que todas as pessoas, sem discriminações arbitrárias e exclusões evitáveis; c) o mínimo existencial, que corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público. Os três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – têm o dever de realizar os direitos fundamentais, na maior extensão possível, tendo como limite mínimo o núcleo essencial desses direitos.

A dimensão eficaz da dignidade humana consiste numa tarefa imposta ao Estado de respeito e proteção, da obrigação de promover as condições das pessoas viverem com dignidade.

4.1 Da garantia do mínimo existencial

Partindo-se da premissa de que é dever do Estado a concretização do princípio da dignidade humana, a ideia do mínimo existencial, segundo Torres (2009, p. 70) representa “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Destaca-se que a prestação estatal positiva são direitos sociais prestacionais que têm por objetivo a conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática. Reclamam, assim, uma posição ativa do Estado na esfera econômica e social, com o objetivo de efetivar a igualdade material, no sentido de garantir a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2015, p. 291).

Segundo Sarmiento (2000, p. 71),

o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia etc.

Sarlet (2015, p. 293) afirma que:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.

Em outra palavra, para a efetivação desses direitos é necessário a alocação de recursos materiais e humanos, importando em custo para o Estado, que muitas vezes, não estão disponíveis para a garantia do mínimo existencial, devendo ser requeridos pela via judicial.

Neste sentido, Torres (2009, p.70) argumenta que

sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo.

O mínimo existencial representa um conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade, como os direitos à alimentação, saúde e educação, que adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive. Contudo, a garantia do mínimo existencial é bem mais ampla do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser reduzida à noção de um mínimo vital suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais, corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento (TORRES, 2009, p. 70).

Sarlet (2015, p. 331), afirma que:

[...] o mínimo existencial deve ser diferenciado do mero mínimo vital, abrangendo, nessa perspectiva, tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado a garantia de sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, ainda que na esfera deste, se revele mais necessária uma cautela na determinação do objeto das respectivas prestações.

Segundo Torres (2009, p.32-33), o mínimo existencial exhibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade

erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; não se esgota no elenco das garantias fundamentais prevista no artigo 5º, da Constituição Federal, nem em catálogo preexistente, é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto histórico e social.

Como condição da liberdade, o mínimo existencial cria a necessidade do Estado, muitas vezes, por determinação judicial diante das ações comissivas e omissivas de seus entes, ter que cumprir e executar as determinadas prestações positivas de natureza assistencial. Essas prestações, todavia, têm caráter nitidamente subsidiário, eis que o Estado só estará obrigado a entregá-las quando o sistema público ou privado falhar em sua missão e o indivíduo não possuir os meios indispensáveis à sobrevivência.

Assim, a proteção positiva do mínimo existencial se realiza de diversas formas. Primeiramente pela entrega de prestações de serviço público específico e divisível, que serão gratuitas pela atuação do mecanismo constitucional da imunidade das taxas e dos tributos contra prestacionais. O status *positivus libertatis* pode ser garantido também pelas subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas e educacionais, públicas ou privadas, que, muitas vezes se compensam com as imunidades. A entrega de bens públicos (roupas, remédios, alimentos etc.), especialmente em casos de calamidade pública ou dentro de programas de assistência à população carente (merenda escolar, leite etc.), independentemente de qualquer pagamento (TORRES, 2009, p.41).

Por fim, sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Sendo assim, a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo existencial, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.

Contudo, a efetivação da garantia do mínimo existencial pode depender de uma “reserva do possível”, dependendo de recursos econômicos para a efetivação das prestações assistenciais.

4.2 Da reserva do possível como limitador da garantia do mínimo existencial

Na busca da efetivação de determinado direito fundamental, o ente estatal justificar não ser possível face às limitações de ordem econômica, surgindo a teoria da reserva do possível. Essa teoria foi concebida com o objetivo de legitimar a ausência do Estado na concretização de direitos assegurados constitucionalmente, devido ao fato de a inexistência de recursos configura uma limitação econômica e real à eficácia jurídica dessas normas. Para Sarlet (2015, p. 293), reserva do possível pode ser compreendida como a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma dos recursos.

Assim, diante da necessidade de o Estado garantir condições dignas de vida ao cidadão e a alegação de escassez de recursos públicos, surge o questionamento se seria possível a não concretização desses direitos com fundamento na alegação de inexistência de recurso financeiro para tanto, face ao alto custo para concretização dos direitos fundamentais.

Primeiramente, cabe analisar, a respeito da reserva do possível, a dimensão do seu custo, na medida em que os direitos fundamentais implicam a realização de despesas por parte do Estado para se tornarem efetivos. Esta dimensão de despesa passaria a fazer parte do próprio conceito de direito, de modo que diante da escassez de recursos disponíveis, não haveria que se falar em direito a ser defendido, de forma que a escassez de recursos seria elemento a inviabilizar o próprio reconhecimento do direito subjetivo a prestações sociais (OLSEN, 2008).

Olsen (2008) defende que os bens são escassos, não permitindo que todos os direitos sejam realizados uniformemente para todos os cidadãos. Logo, efetivar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não. Sendo assim, verifica-se a influência da dimensão econômica sobre a teoria jurídica, e especialmente, sobre a teoria dos direitos fundamentais. Não só a influência, mas, em verdade, a

prevalência, na medida em não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos, fazendo com que a escassez de recursos deixa de ser um elemento externo ao Direito, podendo comprometer sua eficácia.

A reserva do possível, então, se refere à apreciação da escassez de recursos como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida (OLSEN, 2008).

Contudo, a prestação exigida deve ser razoável, de modo que se o indivíduo dispor de recursos, não necessita da prestação estatal. Para Sarlet (2015, p. 296) a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange a efetiva disponibilidade de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos por meio de receitas tributárias e orçamentárias; e a proporcionalidade da prestação social no tocante a sua exigibilidade.

Verifica-se assim que a reserva do possível não é elemento dos direitos fundamentais, constitui uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia desses direitos, observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial (SARLET, 2015, p.296).

Trata-se de uma excludente de responsabilidade estatal, que é arguida pelos entes públicos quando são requeridas a implementação de direitos sociais e políticas públicas, com vistas a justificar, portanto, a omissão estatal por limitação orçamentária ou por contenção de gastos. Contudo, o Estado não pode alegar a reserva do possível de forma indiscriminada, para dar legitimidade a sua omissão na efetivação de direitos fundamentais prestacionais.

Isso significa que a realização dos direitos fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Dessa forma, a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário a fiscalização das ações comissivas e omissivas do Estado, inclusive estabelecendo medidas para saná-las.

Neste sentido, Barcellos (2002, p.245-246) afirma que:

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Dessa forma, os condicionamentos impostos pela reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos fundamentais de segunda geração traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de

outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Por fim, se os entes estatais agirem de modo comissivo ou omissivo neutralizando ou comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível das condições mínimas necessárias a uma existência digna justifica-se a intervenção do Poder Judiciário, para viabilizar o acesso aos direitos recusados pelo Estado.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem consolidado entendimento de que o respeito a dimensão positiva do direito ao mínimo existencial incumbe ao Estado, que tem o dever de assegurar as prestações indispensáveis a efetividade de uma vida digna, de modo que se deve reconhecer ao indivíduo um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, de satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, à dignidade humana. Exemplo disso é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, que reconheceu que a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação das políticas devia obedecer a limites, sendo o limite principal a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano que não podia ser sonegado pela ação estatal (mínimo existencial) (SARLET, 2015, p.335).

5 DO DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE HUMANA NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O presente tópico tem como objetivo analisar se o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de aplicação do princípio da reserva do possível neste caso. Contudo, primeiramente, se faz necessário destacar o papel unificador da dignidade humana no sistema penitenciário.

5.1 Da dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário

A batalha pela tutela da dignidade humana e dos direitos fundamentais encontra campo fértil quando abordada dentro da execução penal. Primeiramente, numa visão punitivista, a imposição da pena é uma consequência jurídica do delito. Numa visão garantista, contudo, o ilícito é uma condição normativa somente necessária, mas não suficiente, para a aplicação da pena, já que pode exigir condições ulteriores de punibilidade e procedibilidade, coadunadas com garantias penais e processuais penais que condicionam a validade da definição legal e a comprovação judicial do delito (FERRAJOLI, 2014, p.364).

Assim, a imposição da pena pelo Estado só se legitima quando o condenado é tratado como fim ou pessoa, quando seus direitos e garantias fundamentais são respeitados, ou seja, “[...] acima de qualquer valor utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação fundamental em relação a qualidade e a quantidade da pena” (FERRAJOLI, 2014, p. 364). Portanto, o Estado que não tutela os direitos fundamentais do preso, que impõe penas qualitativas e quantitativas supérfluas, perde a legitimidade do direito de punir e conseqüentemente, lesa a dignidade humana (FERRAJOLI, 2014, p. 364).

Ferrajoli (2014, p. 365), então, elege o princípio da necessidade e da dignidade humana como os que sustentam a finalidade da pena. Estes valores vinculam a qualidade da pena a três traços: o da igualdade, o da legalidade e do caráter apenas privativo da pena. Dessa forma, qualquer forma de

diferenciação na execução penal fere a igualdade; a flexibilização ou a incerteza na duração da pena fere a legalidade e por fim, qualquer tratamento atentatório as liberdades interiores e a dignidade humana do preso, com objetivo de emenda ou disciplinatórios, fere o caráter de privação de liberdade.

Para Ferrajoli (2014, p. 365):

É necessário, sobretudo, que as condições de vida dentro da prisão sejam para todos as mais humanas e as menos aflitivas possíveis; que em todas as instituições penitenciárias esteja previsto trabalho – não obrigatório, senão facultativo – juntamente com o maior número de atividades coletivas, de tipo recreativo e cultural; que na vida carcerária se abram e se desenvolvam espaços de liberdade e de sociabilidade mediante a mais ampla garantia dos direitos fundamentais da pessoa.

Contudo, tal perspectiva para o autor não é suficiente para impedir a função perversa e criminógena do cárcere, pois em posição ao modelo traçado, a prisão representa para o condenado muito mais do que a privação de um tempo de liberdade estabelecido em sentença condenatória, representa aflição física e psicológica, subtraindo dela seu caráter de igualdade, legalidade e juridicionalidade. A prisão, lesa a dignidade humana. (FERRAJOLI, 2014, p.365).

Verifica-se assim, que a dignidade humana é o princípio unificador do sistema penitenciário, tal princípio fica explícito na Regra 1 das Regras de Mandela (CNJ, 2016), que determina:

Todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido a tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.

Desta premissa maior decorrem as demais Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos, regra estas recepcionadas pelo Estado Brasileiro. Tais regras são usadas como guia para estruturar a Justiça e sistemas penais nos Estados. Ocorre que essas regras foram revisadas em 2015 e as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela (CNJ, 2016).

Salienta-se que as Regras Mínimas têm por escopo fornecer aos Estados orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade, para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam que seja respeitada a proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações (CNJ, 2016).

Assim, os direitos fundamentais dos presos como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais, incluindo-se nestas o direito a espaço mínimo determinado, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana dos presos (JAPPUR, 2011, p. 126).

Por fim, cabe analisar a posição de garante do Estado em relação aos presos, que significa que se o Estado priva alguém de sua liberdade, por meio da imposição de uma pena, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 15).

5.2 Da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos

Sistema penitenciário envolve a administração dos estabelecimentos penais e tem por objetivo propiciar a execução da pena. Integra a segurança pública por meio da prestação do serviço, constituindo-se, assim, num serviço público propriamente dito. (JAPPUR, 2011, p.122).

Como serviço público deve ser norteado pelo Princípio da Eficiência que determina que a Administração Pública deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população, sendo que as políticas públicas garantidoras de direitos sociais têm que ser eficientes para realmente concretizar a finalidade da lei e da Constituição Federal. Assim, não pode o Poder Público permanecer inerte e omissor na defesa e preservação da dignidade das pessoas que se encontram encarceradas. (JAPPUR, 2011, p.128).

O princípio da dignidade da pessoa humana do preso, implica na observância de seus direitos fundamentais como à vida, à segurança, à limitação da liberdade conforme a lei, à vedação a tratamento desumano e cruel, à individualização da pena, vedação à pena cruel, à separação em estabelecimentos distintos conforme a lei, ao respeito a integridade física e moral, bem como aos demais direitos inseridos nas normas constitucionais e infraconstitucionais (JAPPUR, 2011, p.126).

Integram, assim, o mínimo existencial das pessoas presas aspectos como celas não superlotadas com condições adequadas de higiene, segurança e salubridade, o acesso à água potável, à alimentação decente, ao atendimento de saúde, à assistência jurídica etc. A denegação destes bens e serviços essenciais afronta ao mínimo existencial (VIEIRA JUNIOR, 2015, p.19).

Partindo-se dessa premissa, os direitos acima elencados impõem o dever de não serem reduzidos pelo Estado, pois essas posições jurídicas, consubstanciadas nos direitos fundamentais, preenchem o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana do preso, e apontam, por um lado, a direção das prestações normativas e, por outro, a direção de prestações efetivas (JAPPUR, 2011, p.126).

Assim, o Estado tem a obrigação de garantir o mínimo existencial no tratamento do preso, por meio do cumprimento de seus direitos fundamentais. Trata-se de presunção absoluta, de modo a assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais. Consta-se que não há discricionariedade deferida aos entes públicos, administradores do sistema penitenciário, para os quais não há outra opção válida, senão de cumprir a lei.

5.3 Mínimo existencial x reserva do possível no sistema penitenciário

Estabelecida a dignidade humana como princípio unificador do sistema penitenciário e a obrigação do Estado na efetivação e garantia dos direitos prestacionais dos presos, este derradeiro item tem como objetivo verificar se é possível a alegação de ausência de recursos ou falta de previsão orçamentária para obstar a concessão do mínimo existencial ao preso.

Inicialmente, cabe salientar que as garantias legais previstas durante a execução da pena se baseiam na ideia de que a execução da pena privativa de liberdade deve ter por base o respeito aos direitos fundamentais do preso e qualquer modalidade de punição desnecessária, cruel ou degradante será de natureza desumana a estes preceitos.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), determina no seu artigo 3º, que são assegurados ao condenado todos os direitos não atingidos pela sentença condenatória. Assim, o exame de seu texto revela a preocupação do Estado para com o preso, instituindo-lhe e assegurando-lhe direitos à: alimentação, vestuário, instalações higiênicas, à saúde, à educação, com ensino fundamental obrigatório, à assistência jurídica e religiosa, ao trabalho, à assistência ao egresso e a à sua família, durante o confinamento, ao chamamento nominal, à previdência, à proteção contra o sensacionalismo, à visitação íntima, ao contato com o mundo exterior por meio da correspondência ou qualquer outro meio

de informação, à remuneração pelo trabalho, etc. (BRASIL, 2017)

Tais garantias consistem em direitos fundamentais prestacionais, ou seja, direitos fundamentais sociais assegurados ao apenado como garantia do mínimo existencial no tratamento durante a execução da pena privativa de liberdade, não importando o regime de cumprimento da pena estabelecido na sentença.

No entanto, ocorre na prática a constante violação de direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade. Dessa maneira, a partir do momento em que o preso passa à tutela do Estado, ele não perde apenas o seu direito de liberdade, mas também todos os outros direitos fundamentais que não foram atingidos pela sentença, passando a ter um tratamento execrável e a sofrer os mais variados tipos de castigos, que acarretam a degradação de sua personalidade e a perda de sua dignidade, num processo que não oferece quaisquer condições de preparar o seu retorno útil à sociedade (ASSIS, 2007, p.75).

Segundo Antão (2017),

No Brasil, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984), de conteúdo garantista, é a responsável pela consagração de um extenso rol de direitos e consoantes com as principais recomendações internacionais na área. Dispondo sobre os direitos como saúde, educação, assistência social, exercício do trabalho e de atividades intelectuais, ela trata também da obrigação do Estado em oferecer condições materiais à execução desses direitos. Ocorre que analisando o sistema prisional brasileiro, nos deparamos com um histórico de omissões estatais no que diz respeito à implantação de políticas públicas relacionadas aos presos e suas peculiaridades.

Desta forma, ao apenado que se encontram privados de seu bem maior que é a liberdade, acabam sofrendo diversas outras privações de direitos fundamentais, privações estas que não são, nem devem ser concernentes à finalidade da pena, até porque, nossa Constituição veda penas cruéis (ANTÃO, 2017).

Salienta-se que a não efetivação no mínimo existencial no tratamento dos presos é justificada, pelo Poder Executivo, responsável pela prestação destes direitos, pela escassez de verba orçamentária e aumento de gastos públicos no sistema carcerário. Invoca, assim, a reserva do possível, argumentando que em decorrência da necessidade de dispêndio financeiro por parte do Estado para a efetivação dos direitos prestacionais dos presos e da suposta falta de recursos para tanto, a concretização destes direitos fica afetada.

Contudo, a garantia do mínimo existencial aos apenados se reveste de natureza absoluta, por este motivo o Estado não pode condicionar a sua efetivação à chamada reserva do possível. Além disso, a posição do Estado em face dos presos é razão adicional para deslegitimar a invocação de falta de recursos ou de autorização orçamentária para a não realização das despesas necessárias à garantia da dignidade nas prisões. Afinal, se o Estado priva alguém da liberdade, ele assume a obrigação de garantir que o encarceramento não se dê em condições desumanas e degradantes. Forma-se uma relação especial de sujeição entre o Estado e o detento, que, se por um lado importa em múltiplas restrições aos direitos do preso, por outro, torna o Poder Público um garante dos direitos fundamentais que não foram limitados (BRASIL, 2015).

Assim, a escassez de recursos não pode ser invocada como justificativa legítima para a denegação dos direitos mais básicos dos presos, por duas razões: tais direitos se enquadram no mínimo existencial, que não se sujeita à limitação pela reserva do possível; e a posição de garante do Estado em relação aos presos retira a legitimidade deste argumento (BRASIL, 2015).

Por fim, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, sendo a omissão do Poder Executivo, alegando o princípio da reserva do possível, violadora do princípio da dignidade da pessoa humana, pois afeta a garantia do mínimo existencial no seu tratamento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou o preceito fundamental da dignidade humana na Constituição Federal brasileira, estabelecendo quais os critérios de reconhecimento da garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos, bem como a possibilidade de alegação do princípio da reserva do possível neste caso.

Para tanto, iniciou-se com o conceito da dignidade humana e sua dimensão eficaz, restando evidente que ela impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir a violação da dignidade pessoal e que o Estado tenha como meta permanente a proteção, promoção e a realização de forma concreta de uma vida com dignidade para todos, e neste caso do condenado que cumpre pena privativa de liberdade.

Os direitos fundamentais, norteados pela efetivação da dignidade humana, têm a tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro da ordem constitucional brasileira, para o respeito, restabelecimento ou reparação da dignidade em todas as suas dimensões. Destacam-se, assim, os direitos fundamentais de segunda geração, os denominados direitos sociais ou prestacionais, que surgem da constatação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não solucionou a desigualdade material, gerando movimentos reivindicatórios por condições materiais mínimas necessárias para o exercício de uma vida digna. São considerados direitos positivos pois o Estado passa a assegurar direitos básicos mínimos.

Verificou-se, assim, que a efetivação destes direitos é aferida pela garantia do mínimo existencial, compreendido como as condições mínimas de dignidade humana que não podem deixar de ser efetivadas pelo Estado e que ainda exigem prestações estatais positivas.

No que tange a garantia do mínimo existencial no tratamento dos presos restou evidente o descumprimento do preceito fundamental da dignidade humana no sistema penitenciário brasileiro, que não efetiva as condições existenciais mínimas aos sujeitos encarcerados, violando claramente o princípio unificador do sistema.

Não bastasse a violação de direitos fundamentais, o Estado invoca a reserva do possível, argumentando que a efetivação dos direitos prestacionais dos presos não ocorre devido à necessidade de dispêndio financeiro e da suposta falta de recursos para tanto, justificando a afetação da concretização destes direitos.

Por fim, restou evidente que a alegação da reserva do possível na afetação dos direitos prestacionais sociais dos presos viola a dignidade humana, sendo a omissão do Poder Executivo uma afronta a garantia do mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. *A efetividade do Direito à educação em situações de privação de liberdade: uma análise da educação nas prisões do estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/artigo/10665-A-efetividade-do-Direito-a-educacao-em-situacoes-de-privacao-de-liberdade-Uma-analise-da-educacao-nas-prisoas-do-estado-de-Sao-Paulo>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

ASSIS, Rafael Damasceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, p. 74-78, out./dez. 2007

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do homem, direitos humanos e a morfologia dos direitos fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZAROBBA, Ordes (org.). *Dimensões eficazes dos direitos fundamentais*. São Paulo: Modelo, 2010. p. 15-32.

- BARCELLOS, Anna Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 35 p. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 347*. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347>>. Acesso em: 4 ago. 2017.
- CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos*. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Execução Penal. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n.70, p.99-143, set./dez. 2011.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- VIEIRA JUNIOR, R. J. A. *Separação de poderes, estado de coisas inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/estudos>>. Acesso em: 1 dez. 2015.

Recebido em: 01/04/2018

Aprovado em: 18/05/2018

Como citar este artigo (ABNT):

STEFFENS, Alessandra Franke; MARCO, Cristhian Magnus de. Dignidade humana: garantia do mínimo existencial x reserva do possível no sistema carcerário brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.34, p.28-44, jan./abr. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/07/DIR34_02.pdf>. Acesso em: dia mês. ano.